



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
E SOCIAIS CURSO DE DIREITO**

KÁTIA SIQUEIRA

**CONCILIAÇÃO PRÉ-PROCESSUAL:
MÉTODO AUTOCOMPOSITIVO PARA
RESOLUÇÃO DE CONFLITOS JUDICIAIS**

**Brasília
2015**

KÁTIA SIQUEIRA

**CONCILIAÇÃO PRÉ-PROCESSUAL:
MÉTODO AUTOCOMPOSITIVO PARA
RESOLUÇÃO DE CONFLITOS JUDICIAIS**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de Bacharelado
em Direito pela Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais do Centro Universitário
de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo de Medeiros.

**Brasília
2015**

KÁTIA SIQUEIRA

**CONCILIAÇÃO PRÉ-PROCESSUAL:
MÉTODO AUTOCOMPOSITIVO PARA
RESOLUÇÃO DE CONFLITOS JUDICIAIS**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de Bacharelado
em Direito pela Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais do Centro Universitário
de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo de Medeiros.

Brasília, _____ de 2015.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Orientador
Prof. Dr. Rodrigo Augusto de Medeiros

Professor(a) Examinador(a)

Professor(a) Examinador(a)

RESUMO

O texto trata da conciliação pré-processual, método autocompositivo, fundamentando sua empregabilidade no processo judicial, a fim de que haja maior celeridade e implantação de cultura não adversarial e de responsabilidade social mediante conflitos. Explora os conceitos e identifica sua presença na legislação brasileira. Ressalta o aspecto cultural nos paradigmas de solução de conflitos. Aborda a crise da justiça e propõe a existência de lesão na função jurisdicional, marcada pela descrença nas instituições e na capacidade do Estado para tutelar eficientemente todas as causas em que é demandado. Trata dos fundamentos sociais, políticos e jurídicos da conciliação. Questiona a contribuição da conciliação ao processo judicial, hoje obrigatória por imposição legal, outrora removida do ordenamento por conclusão que era ineficaz e que promovia injustiça. Ressalta a vantagem do paradigma 'ganha-ganha', pelo qual as partes conseguem voluntariamente atingir um acordo percebido como justo, em contrapartida à imposição judicial percebida como 'ganha-perde'. Revela a qualidade de elemento da democracia, promotor da participação popular direta na administração da justiça, e do direito fundamental ao devido processo justo.

PALAVRAS-CHAVE

Conciliação processual. Autocomposição. Efetividade jurisdicional. Acordo pré- processual.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 O INSTITUTO DA AUTOCOMPOSIÇÃO	9
1.1 A ILUSÃO DA SECUNDARIEDADE	9
1.2 O PARADIGMA DA AUTOCOMPOSIÇÃO	12
2 A CRISE DA JUSTIÇA.....	18
3 A CONCILIAÇÃO	24
3.1 FUNDAMENTOS DA CONCILIAÇÃO.....	24
3.1.1 FUNDAMENTO SOCIAL	28
3.1.2 FUNDAMENTO POLÍTICO	30
3.1.3 FUNDAMENTO JURÍDICO	32
3.2 ELEMENTOS DA CONCILIAÇÃO	33
3.2.1 MEDIAÇÃO.....	36
3.2.2 CONCILIAÇÃO.....	42
CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS.....	50

INTRODUÇÃO

O presente texto aborda a conciliação pré-processual como método de resolução de conflitos judiciais. A razão que guia a escolha deste tema encontra-se alavancada pelo interesse no novo Código de Processo Civil (CPC), a vigorar a partir de 2016, promovendo inovações impactantes na dinâmica jurisdicional. Nossa intenção é a de conhecer, assim como a de contribuir para o conhecimento dos fundamentos da conciliação. Em nossa percepção, tal conhecimento é preparatório no caminho para compreensão contextualizada dos resultados que serão obtidos a partir da intervenção conciliatória pré-processual, em função da mudança legislativa de paradigma, que determina a inserção da conciliação e/ou mediação como etapa obrigatória ao processo judicial.

Esta pesquisa foi realizada através de levantamento bibliográfico da literatura especializada, encontrada em livros e em artigos de periódicos, constituídos por meio físico, tanto quanto eletrônico. Ademais, foi consultada, conforme a pertinência, a legislação em três momentos diferentes sob critério de vigor: a lei brasileira histórica, a lei em vigor no presente, bem como aquela já publicada, mas que ainda não vigora.

A fundamentação teórica referida neste trabalho, sobre a qual discorreremos, elabora os conceitos próprios dos institutos, métodos e técnicas de solução de conflito, seus fundamentos, o atual estado do sistema judicial no aspecto de efetividade da jurisdição e as perspectivas que se têm acerca da composição de conflitos no sistema judiciário brasileiro, a partir da aplicação do novo CPC. Os textos pesquisados na literatura especializada e na legislação foram essenciais para a compreensão panorâmica do tema abordado.

O desenvolvimento da atual pesquisa bibliográfico-documental foi capaz de nos proporcionar uma ampliação da visão acerca da relevância social e jurídica do tema problematizado. O item que antes aparentava ser um ponto isolado no espaço, demonstrou ser parte de contexto social, histórico e

jurídico, por vezes mostrando-se como figura, por outras como fundo, com potencial para funcionar como alavanca, num sistema carente de soluções para sua realização efetiva. Depreendemos, desta ampliação, que é necessário o preparo dos profissionais, especialmente a partir da Academia, para que possam dispor, com consciência e domínio de conhecimento, desta ferramenta de trabalho dada pelos recursos conceituais e técnicos da autocomposição.

A importância de se explorar o tema em questão reside no fato de ser um procedimento, em que pese sua imposição legal imediata, que demandará tempo e exercício para que venha a fazer parte da cultura jurídica de modo tão intuitivo e óbvio quanto o é o procedimento contencioso. Já de bastante tempo, a conciliação pré- processual vem sendo aplicada sistematicamente em determinadas situações judiciais. Os resultados alcançados pelo emprego da conciliação prévia ao processo são verificáveis nas estatísticas divulgadas pelo Poder Judiciário. Não somente os índices de acordo alcançados, como também das pesquisas de satisfação das partes demonstram-se alentadores de que a adoção da metodologia autocompositiva é caminho adequado e muito acertado na solução judicial de conflitos. No entanto, para que um instrumento seja bem utilizado e aproveitado com eficiência, é preciso ser compreendido em todas as suas dimensões, quais sejam de sua estrutura e dinâmica, do contexto, da finalidade, da aplicabilidade e dos resultados que usualmente promove. Em outras palavras, a destreza no emprego de ferramentas exige do operador conhecer o que ela é, quais são suas referências, para que serve, como se usa e que efeitos é possível obter a partir de sua aplicação. Esta convicção nos move no sentido de elaborar o tema ora abordado, com o fim de auxiliar o movimento de provocação acadêmica à discussão do assunto.

Cabe observar introdutoriamente que, seguindo a tendência da produção teórica predominante, fizemos uso do termo “pacificação social” para definir o objetivo da jurisdição, seja ela hetero ou autocomposta. Principalmente nesta última, encontramos provável consenso de que a solução autonegociada amplia o alcance da pacificação social, pois tem potencial de resolver o conflito social concomitantemente ao conflito judicial.

Deixamos posto que nos parece expressão de conteúdo mais ideológico do que técnico, talvez excessivamente otimista e repetida irrefletidamente, afinal, a sociedade é dinâmica e nunca alcança a pacificação em seu termo definitivo. Seguimos fazendo emprego dele por fidelidade às publicações consultadas, mas deixamos registrado de início o questionamento sobre a adequação de seu emprego.

Desenvolvemos os capítulos com a seguinte sequência lógica: primeiramente exploramos o instituto da autocomposição e seus métodos de solução consensual de conflitos, confrontando o uso dos dizeres *técnica alternativa* e *alternativa técnica*. Expusemos como a lei nova prevê sua utilização e ponderamos sobre a prevalência ou secundariedade dos institutos da autocomposição e heterocomposição relativamente um ao outro.

Continuando, no primeiro capítulo, foram pontuados conceitos e definições pertencentes ao tema. Demonstramos que a legalização do uso da autocomposição no processo judicial não se trata de uma inovação de métodos. Não obstante, é inovação de paradigmas, cuja aceitação está estreitamente ligada à cultura dominante na sociedade.

O tópico tratado no segundo capítulo é a crise da justiça. Tal crise é composta de elementos tais como a incapacidade de o Poder Judiciário responder efetiva e satisfatoriamente à demanda crescente ocasionada pelas mudanças sociais, legais e do setor da informação. Propusemos a ideia de lesão funcional da função jurisdicional, discurremos sobre a abordagem de vários autores acerca do problema e sobre os recursos que os atores judiciais têm lançado mão para sua solução.

No terceiro capítulo, abordamos os fundamentos e elementos da conciliação. Fizemos a distinção entre o conteúdo de cada fundamento, social, político e jurídico, ainda que não se possa desconsiderar que é uma divisão de caráter didático, pois um sistema desenvolve-se como todo, e não é diferente com o método conciliatório inserido no fluxo processual. Os elementos da conciliação são o ponto mais relevado da pesquisa, uma vez que já foram

estabelecidos os parâmetros e a contextualização que importam para sua compreensão. Exploramos, então, como é feita a aplicação dos métodos de autocomposição, a saber, a mediação e a conciliação, com a preocupação de clarificar a distinção entre ambos e suas peculiaridades.

Concluindo nosso trabalho, refletimos sobre a importância da autocomposição no processo judicial, sobre as justificativas que alicerçam sua escolha, e ainda sobre a necessidade de formação de conciliadores e mediadores capacitados e em número suficiente para atender à demanda.

Longe de encerrar o assunto, temos a certeza de que ainda há bastante a ser explorado, especialmente no que diz respeito a estudos baseados nos resultados da prática conciliatória pré-processual, a partir da vigência do novo CPC, com vistas a conhecer o efeito colhido pela aplicação da nova proposição legal. cremos que ações como esta são indispensáveis no sucesso das mudanças, implicando resultante de extrema importância na regulação da prática como também na retroalimentação do sistema com fins de aperfeiçoá-lo. Neste sentido, oferecemos aqui nossa minúscula contribuição.

1 O INSTITUTO DA AUTOCOMPOSIÇÃO

Neste primeiro capítulo, foram reunidos conceitos relevantes à compreensão do tema tratado, como institutos e metodologia para solução de conflitos, crise da Justiça, efetividade jurisdicional, fundamentos da conciliação, definição de termos, comparação de paradigmas, mudança de paradigma e outros pontos, com o objetivo de compreender parâmetros teóricos, conceituação e definições terminológicas e a inter-relação dos vários aspectos pertinentes ao tema explorado.

1.1 A ILUSÃO DA SECUNDARIEDADE

O Código de Processo Civil, dado pela Lei 13.105 de 16 de março de 2015, traz a novidade de que a conciliação e a mediação passam a fazer parte obrigatória no procedimento judicial. Na redação do Artigo 3º, §3º, da mesma lei, está disposto o seguinte: "A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial."(BRASIL, 2015). Denominou de "métodos de solução consensual de conflitos" as alternativas ao método não- consensual e impositivo, da já consagrada forma de decisão judicial. Ampliam-se as alternativas metodológicas, enriquecendo as possibilidades do processo judicial.

Inova a legislação processual, ao incluir a obrigatoriedade da estratégia da consensualidade como requisito ao andamento do processo, pelo estabelecido no Capítulo V, intitulado "Da audiência de conciliação ou de mediação". Há obrigatoriedade desta etapa, que será dispensada apenas em casos de indisponibilidade do bem discutido e por manifestação expressa de ambas as partes. O Artigo 334 deste capítulo prescreve o momento e a forma da conciliação:

Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo

menos 20 (vinte) dias de antecedência."

[...]

"§1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições dalei de organização judiciária.

§2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

§3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

§4º A audiência não será realizada:

I - Se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - Quando não se admitir a autocomposição.

§5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

§6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

§7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

§8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

§9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.

§10 A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

§11 A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.

§12 A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte (Brasil, 2015).

Releva observar que a conciliação e a mediação previstas na Lei em comento são incluídas na categoria "métodos de solução consensual de conflitos" e tratadas como meios de autocomposição. O Código não menciona o termo "método alternativo de solução de conflitos", como tornou-se usual na literatura especializada. Numa forma costumeira, a aplicação da palavra "alternativo" a um campo científico é feita com um lastro depreciativo quando compara outro objeto ou campo científico, ao qual se aplica o termo "tradicional". O que pode parecer um detalhe sem poder de influência, talvez seja relevante na percepção social e na construção de uma nova cultura não-

adversarial de resolução de desacordos. Quando o substantivo “técnica” é qualificado pelo adjetivo “alternativa” significa que ela não é principal, e que por suposto, deve haver outra que seja principal. Ao expressarmos “alternativa técnica”, alternativa passa a ser o substantivo qualificado por ser de aspecto técnico. Neste caso nos referimos à hipótese de haver mais de uma técnica aplicável em determinada situação. Não há, neste último caso, valoração comparativa, nem gera expectativa de subordinação ou depreciação de uma com relação à outra. Poderíamos alegar, sim, que alternativo é o **uso** da autocomposição no procedimento judicial, o qual lança mão massiva e tradicionalmente da heterocomposição. A autocomposição, no entanto, não tem, em si mesma, a qualidade de alternatividade como secundariedade, sendo tão tradicional, histórica e longa quanto a heterocomposição, o meio pelo qual é exercitada a jurisdição. Este raciocínio permite equiparar o valor do método compositivo realizado por imposição da decisão de terceiro imparcial, ao valor do método compositivo realizado pela decisão consensual das partes.

Pressupõe-se que haja, portanto, respeitabilidade e credibilidade social e jurídica tanto em um quanto em outro instituto. Luchiari (2012, p.9) pondera: “pois ambos coexistem e possuem um escopo maior, que é a restauração da paz social”.

[...] tem-se atualmente a equivocada noção de prevalência ontológica da solução jurisdicional sobre os meios não-judiciais de pacificação social, quando, sob o prisma do escopo social da jurisdição, os métodos tendem à, no mínimo, equivalência teleológica Higa (2012, p.62).

O autor supracitado continua: “necessário escoimar o raciocínio baseado em credences que não se validam científica e empiricamente, como a arraigada aversão à atividade conciliatória”. Desenvolve texto relativo à cultura de cooperação, demonstrando como ocorrem na Inglaterra os protocolos de *pre-action* e *offer to settle* (pré-litígio e oferta de acordo), aplicados ao processo civil.

Em resumo, o que se pode perceber é que os métodos alternativos de solução de conflitos não podem ser vistos

apenas como meios ou métodos praticados fora do Poder Judiciário, como sugere o adjetivo “alternativo”, utilizado para qualificá-los, mas devem ser vistos também como importantes instrumentos, à disposição do próprio Poder Judiciário, para a realização do princípio constitucional do acesso à justiça, havendo uma complementaridade entre a solução adjudicada, típica do Poder Judiciário, e as soluções não adjudicadas (LUCHIARI, 2012, p.123).

Com relação à secundariedade do instituto da autocomposição, em específico ao método da conciliação prévia, numa referência à Chiovenda: “Por outro lado, também não pode ser esquecido que o exercício da função jurisdicional não é o caminho natural para a resolução dos conflitos, mas sempre uma atividade de substituição.” (LUDWIG, 2011, p.299).

1.2 O PARADIGMA DA AUTOCOMPOSIÇÃO

Para uma compreensão clara do objeto em estudo, seus termos precisam ser definidos com clareza. Organizando-os conceitualmente, pode-se concluir que a autocomposição é um instituto (figura jurídica de caráter permanente) composto pelos métodos (meios sistematizados) de mediação e conciliação, formados por um arcabouço de técnicas (particularidades práticas aplicáveis nas sessões), a exemplo da declaração de abertura, do resumo dos relatos das partes e da recontextualização das falas das partes.

Grinover (2007, p.16) menciona a ocorrência, na sociedade contemporânea, de um renascimento do instituto da autocomposição. Atribui este ressurgir a uma evidente crise da Justiça, que não comporta hoje a solução das demandas de modo fluido e eficiente. Relaciona, como elementos desta crise, entre outros, a morosidade e o custo processual, a gestão burocrática que complica a via procedimental, a obstrução das vias que promovem acesso à Justiça, assim como o distanciamento entre Judiciário e seus usuários. Em função de tal crise, buscam-se novos caminhos, que “levaram ao renascer do instituto, em toda parte.”, referindo-se ao instituto da autocomposição. De certo que uma palavra desperta curiosidade no texto da autora citada: renascimento. Deduz-se que só pode renascer aquilo que já era nascido. O instituto da autocomposição está reiteradamente presente na

história, como recurso primário para solução de conflitos.

Na legislação nacional, sua relevância era considerada de tal forma que constava dos artigos 161 e 162 da Constituição de 1824 (Brasil,1824), passou por etapas históricas de exclusão e inclusão e, somente agora, readquire lugar formal na obrigatoriedade da sistemática processual. Após instaurada a primeira Constituição Republicana em 1889 (BRASIL,1889), um decreto de 1890 (BRASIL, 1990) aboliu tal instituto da Constituição porque verificava falhas no processo que expunham o cidadão até mesmo à coação para transigir, e os Estados foram autorizados a legislar sobre processo, tendo alguns adotado o procedimento de modo facultativo.

O CPC de 1939 (BRASIL,1939) não o adotou, e a CLT de 1943 (Brasil,1943) institui como obrigatório ao processo trabalhista. Em 1949 (Brasil, 1949) passa a integrar os processos de desquite litigioso. O CPC de 1973 (Brasil,1973) reforça que se lance mão, sempre que possível, ao longo do processo civil, o que foi incluído na Lei dos Juizados Especiais em 1995 (Brasil,1995). O CPC de 2015 (BRASIL, 2015) o estabelece de forma obrigatória no processo judicial. O ressurgimento da conciliação como procedimento institucionalizado para resolução de conflitos não é fenômeno exclusivamente nacional.

Hoje, pode-se falar de uma cultura de conciliação que conheceu impulso crescente na sociedade pós-industrial, mas que tem, nos países em desenvolvimento, importantes desdobramentos, indicando, como foi salientado, não apenas a institucionalização de novas formas de participação na administração da justiça e de gestão racional dos interesses públicos e privados, mas assumindo também relevante papel promocional de conscientização política. (GRINOVER, 2007, p.17).

A inserção formal da autocomposição no procedimento judicial brasileiro, na verdade, não consiste de inovação de métodos, mas inovação de paradigmas, que permitem o uso de outros caminhos para que se alcance a solução em situações conflitantes judicializadas. Transforma-se o paradigma de que somente "O Estado é verdadeiro detentor do poder de dirimir conflitos e promover a paz social." (MENDES, 2009, p.121), cabendo a ele toda decisão

sobre como se resolverá o conflito entre partes, para um novo paradigma no qual o Estado-juiz pode assumir para si o gerenciamento dos processos, também dando condições e suporte às partes para que elas mesmas possam encontrar uma solução equilibrada e satisfatória para ambas. Alves (2012, p.325) define a característica da conciliação como a "titularidade do poder de resolução estar depositado nas mãos das próprias partes envolvidas na contenda, as quais alcançarão a pacificação social através de concessões recíprocas". Quando a sociedade, assim como seus indivíduos, tem oportunidade de construir suas próprias soluções, ela torna-se mais madura, consciente de suas capacidades e responsabilidades, e mais capacitada de alcançar desenvolvimento e melhoria da qualidade social de vida.

Ludwig (2011, p.308) trabalha com a ideia de que é necessário quebrar o que chama de “dependência química” do judiciário, numa disseminada cultura paternalista e indiscriminadamente judicializadora de todos os conflitos, dando a terceiro o papel de encontrar soluções. Defende o ponto de vista de que a obrigatoriedade da conciliação é pedagógica, é o meio mais idôneo de solução de conflitos, demonstra a civilidade, responsabilidade e maturidade para o exercício da cidadania, da perspectiva que as pessoas participam ativamente do processo e contribuem para a construção de soluções que, de outra forma, determina sua passividade mediante uma decisão imposta, e que sendo um dos fatores de excesso de demanda judicial, “ainda prejudica paradoxalmente a própria promessa constitucional de acesso à justiça.”, pois se frustra neste direito a possibilidade de receber a tutela jurisdicional num “processo de resultados”. Sua crítica é destinada à cultura de não- responsabilidade social.

A cultura é um elemento dinâmico nas sociedades. Também é particularizada em cada uma delas. Cahali (2013, p.71) menciona que “Em países de cultura menos contenciosa, como China e Japão, o simples ajuizamento de ação judicial pode ser considerado uma vergonha, caso não se tenha tentado um acordo antes.”. E continua:

Na China, em especial, se tem notícia da mediação há 4.000 anos, com 10 milhões de mediadores, número muito maior do

que os 110.000 advogados. Nestes países, tentar um acordo antes de envolver o Estado-juiz é uma imposição dos costumes, hábitos, concepções sociais, da cultura, enfim, e não necessariamente da legislação (CAHALI, 2013, p.71).

Em nossa sociedade, o benefício da renovação paradigmática na formalidade processual estende-se para além da ampliação das chances de solução eficiente da crise de inoperância do sistema judicial. Somado a isto, ele possibilita a abertura da presente cultura judicial, marcadamente adversarial, à uma cultura de soluções baseada na atitude cooperativa. Embora inicialmente imposto por lei, também é um caminho válido para provocar a renovação dos valores sociais ligados ao litígio. Está registrado que

A afirmação de que o juiz deve preferir a solução consensual do conflito à solução adjudicada é extremamente salutar, e pode vir a ser responsável por uma mudança de mentalidade, criando-se, a partir daí a cultura da justiça coexistencial. (CÂMARA, 2005, p. 16).

A renovação do paradigma judicial está sendo feita pelo renascimento do instituto da autocomposição, através de sua inclusão nas formalidades procedimentais, visando a harmonização social pela prática da conciliação. A troca de paradigmas implica alteração de referenciais culturais, o que nem sempre ocorre de forma desembaraçada, especialmente não sendo parte de um processo sociocultural espontâneo. A formalização desta mudança paradigmática decorre da necessidade de resultados melhores, da capacidade inovativa das pessoas que interferem na resolução conflitual, da reflexão produtiva baseada nas experiências bem-sucedidas de conciliação, que já vem sendo feita nos juízos, e da exaustão dos paradigmas já existentes. Nos dizeres de Alves (2012, p. 320), "É o que se chama de exaustão paradigmática, que ocorre quando a teoria básica de determinada ciência não consegue oferecer soluções ou respostas técnicas aos problemas que se propunha resolver."

Em que pese haver "um ranço beligerante impregnado no meio jurídico, que considera esta harmonização um método menos sofisticado de resolução de quizila, tendo, na tutela jurisdicional, o contraponto evolutivo decorrente do aprimoramento das civilizações" (HIGA, 2012, p. 61), a almejada

"cultura de conciliação" (GRINOVER, 2007, p. 17), ou também chamada de "justiça coexistencial" (ALVES, 2012, p. 319), consiste de uma

Tentativa de ruptura paradigmática no modelo adversarial de solução de conflitos, operando-se a transição de uma "cultura do litígio" para uma "cultura de paz"; é algo que atende aos princípios democráticos da constituição federal de 1988, na medida em que converge para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (Art.3º, I), e que privilegia a solução pacífica dos conflitos (Art.4º, VII), (HIGA, 2012, p. 61).

O novo Código de Processo Civil adota, portanto, ambos institutos compositivos no procedimento para resolução de conflitos judicializados. Não demonstra atribuir valoração hierárquica a nenhum dos dois. Por outra, impõe estratégia otimizadora do processo judicial, que segue um curso lógico do menos para o mais gravoso, no que diz respeito à autonomia decisória das partes.

Os desacordos relacionais, de uma forma geral, podem ser resolvidos por meios que evoluem numa escala que se intensifica, desde o ponto em que se privilegia a autonomia completa, quando as duas partes transacionam diretamente chegando a um acordo, até o ponto em que um terceiro imparcial determina impositivamente a solução para o caso. Na autocomposição processual não há autonomia completa das partes, pois o terceiro está presente na figura do mediador/conciliador determinado pelo próprio Judiciário. Há suporte ambiental e procedimental que propicia a elas exercerem sua capacidade de lidar construtivamente com o desacordo a respeito do bem jurídico. O sistema jurídico, ao permitir a autocomposição, proporciona às partes direito a terem voz ativa e participação criativa na construção de resolução desejável e consensual para o dissenso.

A mediação e outras metodologias podem facilitar o diálogo e prover destrezas para a resolução de situações conflitivas. No curso do processo resultante, os sujeitos comprometidos têm a possibilidade de adquirir habilidades necessárias para resolver por si mesmos as diferenças que podem, eventualmente, ser suscitadas no futuro com seus pares, familiares e colaboradores, ou em sua comunidade.

Nossa cultura privilegiou o paradigma ganhar-perder, que

funciona com uma lógica determinista binária, na qual a disjunção e a simplificação limitam as opções possíveis. A discussão e o litígio – como métodos para resolver diferenças – dão origem a disputas nas quais usualmente uma parte termina “ganhadora”, e outra, “perdedora”. Essa forma de colocar as diferenças empobrece o espectro de soluções possíveis, dificulta a relação entre as pessoas envolvidas e gera custos econômicos, afetivos e relacionais (SCHNITMAN, 1999, p.17).

A previsão de obrigatoriedade, no CPC, para a aplicação da metodologia de autocomposição, anteriormente a que se proceda à heterocomposição judicial, é artifício válido e legítimo para a consecução de uma prestação jurisdicional mais ágil e eficiente. A expectativa é de que as estatísticas judiciais positivas no sentido de acordo, já produzidas hoje, sejam ampliadas e possam registrar um aumento no número de acordos pré-processuais (que são aqueles anteriores à distribuição). Resultados quantitativos podem ser verificados através dos números que constata a proposição de ações, comparados aos que registram a distribuição efetivada nas mesmas amostragens e de outros indicadores estatísticos específicos. Resultados qualitativos podem ser verificados por instrumentos como pesquisas de satisfação, (que já vêm sendo feitas após as sessões de conciliação pré-processual) e têm o potencial de refletir na sociedade como todo, com a disseminação da cultura de conciliação e o amadurecimento social frente às possibilidades de resolução de conflitos.

2 A CRISE DA JUSTIÇA

O mencionado ressurgimento da conciliação como método institucionalizado de solução de conflitos está estreitamente vinculado à atual crise de eficiência da justiça. É recurso metodológico, do qual se lança mão, com vistas a otimizar o desenvolvimento processual e melhorar o sistema como todo. Exploramos, a seguir, aspectos principais do que se convencionou a chamar por “crise da justiça” e pesquisamos os fundamentos da conciliação, os quais justificariam seu uso como recurso para solucionamento efetivo de referida crise.

Num artigo publicado em jornal de grande circulação, no auge das revelações de enorme escândalo provocado por corrupção institucionalizada e que traz grandes prejuízos ao País, dois juízes afirmam a existência de uma crise é o momento oportuno para ação construtiva para a mudança. Ainda que se expressando ao ramo específico do direito penal, esta experiência certamente reflete a justiça como todo:

O Brasil vive momento peculiar. A crise decorrente do escândalo criminal assusta. Traz insegurança e ansiedade. Mas ela também oferece a oportunidade de mudança e de superação. Se a crise nos ensina algo, é que ou mudamos de verdade nosso sistema de Justiça Criminal, para romper com sua crônica ineficiência, ou afundaremos cada vez mais em esquemas criminosos que prejudicam a economia, corrompem a democracia e nos envergonham como País (MORO e BOCHENEK, 2015, p.2).

Qualquer situação em estado crítico indica prontidão para a mudança. A crise pressupõe que as coisas já não estão no estado em que estavam ou deveriam estar. Um organismo ou sistema submetido a uma situação crítica é afetado por falhas no seu desempenho, impedimentos para suas capacidades, insucessos em seus resultados, e ocorrência de *laesa functio*, nem sempre reversível. O extremo da mudança trazida pela crise é a morte. Numa visão mais otimista, diz-se que crises trazem oportunidade para mudar. Também trazem esta chance, mas às vezes, o otimismo excessivo implica escapar ao senso de realidade, pois, a necessidade se sobrepõe à mera chance, na medida em que o momento urge redirecionamentos, sob pena de não mais ser

possível retroceder.

Muito se fala hoje numa crise continuada que atinge o Judiciário. Seus elementos são relativos ao que toca 'dizer o direito de forma justa e num tempo razoável', mediante a demanda crescente do contencioso, frente ao aguçamento da capacidade de crítica social alimentada pela fluidez da informação veiculada hodiernamente. Tudo isto desemboca numa sensação generalizada de insatisfação, injustiça, falta de credibilidade dada pela ineficiência ou eficiência insatisfatória na prestação da tutela jurisdicional. Mesmo os agentes do Judiciário sentem-se frustrados e preocupados, haja vista o teor da citação acima. Na medida em que muitos indivíduos são cronicamente afetados, forma-se uma crença social de que é inútil tentar resolver conflitos judicializando-os. Há uma insatisfação social generalizada com a prestação da tutela jurisdicional estatal. Quanto a este sentimento, define a doutrina:

E a experiência de milênios mostra que a insatisfação é sempre um fator antissocial, independentemente de uma pessoa ter ou não ter direito ao bem pretendido. A indefinição de situações das pessoas perante outras, perante os bens pretendidos e perante o próprio direito é sempre motivo de angústia e tensão individual e social. Inclusive quando se trata de indefinição quanto ao próprio *jus punitionis* do Estado em determinada situação concretamente considerada: sendo o valor *liberdade* uma inerência da própria pessoa humana, a que todos almejam e que não pode ser objeto de disposição da parte de ninguém, a pendência de situações assim é inegável fator de sofrimento e infelicidade, que precisa ser debelado (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p.28).

A descrença nas instituições e na capacidade de o Estado exercer a tutela eficientemente é uma crise, que traz no seu bojo um grande risco: o da assunção de que a única saída é a autotutela. Não é incomum o noticiário trazer relatos que demonstram tal postura: ladrões sendo humilhados e amarrados nus a postes, linchamentos, reações violentas vingativas a tentativas de roubo, punições a desafetos e outros ilícitos cometidos por pessoas comuns do povo, que perderam os limites, porque não creem mais numa ação estatal justa. A fraqueza ou incompetência do Estado gera um estado de anomia, pois de nada vale a legislação, quando não é devidamente aplicada.

Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetus individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como não havia sequer as leis (normas gerais abstratas impostas pelo Estado aos particulares). Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão. [...] A esse regime chama-se *autotutela* (ou autodefesa) e hoje, encarando-a do ponto de vista da cultura do século XX, é fácil ver como era precária e aleatória, pois não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p.29).

A atual crise parece ter atingido o estágio de *laesa funcio*. Existe lesão na função jurisdicional e o próprio Judiciário manifesta-se frequentemente em busca de soluções. A função à qual nos referimos é aquela que Cintra, Grinover e Dinamarco (2011, p.27) definem como "a função ordenadora, isto é, a coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor os conflitos que se verificam entre seus membros."

Em se tratando de crise que afeta continuamente os resultados do sistema, não parece cabível falar em uma só causa de origem. O número insuficiente de julgadores, ausência de financiamento adequado para a infraestrutura, a taxa de congestionamento, desproporção entre demanda social e prestação do serviço jurisdicional, grande aumento no rol de direitos fundamentais assegurados a partir da Carta de 1988, a multiplicação de instrumentos postos à disposição para que sejam exigidos tais direitos, o despreparo estrutural do Poder Judiciário para lidar com a explosão de acessos, o número de recursos possível e a procrastinação por eles, acesso para resolução de conflitos de natureza política, a burocratização, o excessivo formalismo, a legislação que não consegue acompanhar na mesma velocidade as transformações sociais, a complexidade das demandas em função do desenvolvimento tecnológico e globalização, são todos estes fatores arrolados como provocadores da atual crise da justiça:

[...] não é possível determinar sua origem como proveniente de uma só causa, mas do desenvolvimento de um conjunto de fatores que, convergentes entre si, agravaram-se no decorrer do tempo, produzindo como resultado final uma ineficiência generalizada na prestação jurisdicional (ALVES, 201, p.320).

Referindo-se especificamente à morosidade da Justiça, apontando que ela "causa a disfunção dos direitos e sabe-se que possui causas concretas", Souza (2008, p.163) diagnostica o "excesso de leis, deficiência do sistema processual, caráter humano do processo, burocracia dos procedimentos e etapas mortas do processo, excesso de recursos, o desinteresse do problema pelos Municípios, Estados e União" como determinantes na configuração atual do problema, e a autora lembra que o direito à duração razoável do processo judicial é norma constitucional de eficácia plena, portanto, não se justificando nenhuma retenção para que seja cumprida.

Grinover (2007, p.17) nota que a crise que leva "à obstrução das vias de acesso à Justiça e ao distanciamento entre o Judiciário e seus usuários", provoca descrédito da magistratura e dos operadores do direito, mas tem "como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que frequentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas". Ressalta que o acesso de um número cada vez maior de pessoas ao Judiciário e variedade crescente de tipos de causas formam, na expressão dela "uma bola de neve" que sobrecarrega cada vez mais o sistema.

Com relação à eficácia plena da norma, é possível afirmar que o papel comporta traços os quais a realidade nem sempre consegue absorver e concretizar. A retificação do curso de um sistema complexo como o judicial não se faz unicamente por via da determinação legal, em que pese ser ela instrumento indispensável a certas medidas. A prescrição formal não prescinde ter o suporte cultural, a decisão política no sentido lato, e o engajamento na execução dos procedimentos que podem trazer a solução para as crises. O direito à duração razoável do processo vincula-se ao conceito último do direito de acesso à justiça: direito a uma ordem jurídica justa num processo de resultados, com efetivação da tutela jurisdicional.

Imaginar que o direito de acesso à tutela jurisdicional seja, simplesmente, poder ir a juízo por intermédio do procedimento legalmente fixado, independentemente de sua idoneidade à efetiva tutela dos direitos, seria o mesmo que inverter a lógica da relação entre o direito material e o direito processual, sendo que o processo, então, daria os contornos do direito material e não o contrário. Embora se desenvolva sob várias formas, é necessário que o processo seja adequado à sua finalidade precípua, vale dizer, à tutela da situação concreta. É assim que o Poder Judiciário - enquanto Administração - obedece ao princípio da eficiência administrativa em favor do jurisdicionado - enquanto administrado. Sob outro ângulo do mesmo enfoque, o direito ao acesso à Justiça visa garantir uma melhor definição das relações entre o Estado e cidadão, bem como quanto aos particulares entre si, assegurando a defesa de direitos, segundo os meios e métodos de um processo juridicamente adequado e impondo ao Poder Legislativo que confira operacionalidade prática à defesa destes direitos. Sobre o tema dissertam com muita propriedade CAPPELLETTI e GARTH: O direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direito é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à Justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (LUDWIG, 2011, p.297).

Souza (2008, p.137) pondera sobre a função sócio-político-jurídica do processo, afirmando que é insatisfatória a mera formalização do direito que não assegura ou disponibiliza meios concretos para o alcance da efetividade com tempo razoável na prestação jurisdicional.

O legislador ao elevar, como princípio constitucional, o direito ao razoável prazo de tramitação processual, impôs ao Estado o compromisso para com a sociedade de promover maior efetividade ao processo como corolário ao já consagrado direito ao acesso à justiça, porquanto insignificante será tomar parte se não auferir a tutela em momento hábil e real a realizar justiça. Destaca-se assim sua importância como pressuposto para o exercício pleno da cidadania nos Estados Democráticos de Direito, garantindo aos cidadãos a concretização dos direitos que lhes são constitucionalmente assegurados (SOUZA, 2008, p.139).

A lesão à função do sistema jurisdicional começa a ser revertida a partir dos próprios agentes da jurisdição. A constatação do problema é o primeiro passo e já foi dado. O seguinte é a busca por diagnosticar as causas

do problema. O diagnóstico vem sendo construído e repercutido em larga escala pela literatura especializada, pela Academia e pelos agentes do Judiciário. A dificuldade na busca pela solução está no fato de que ela não é simples, única, unidirecional, mas complexa, multifatorial e multidirecional. Propostas e providências são adotadas no sentido de reverter o quadro de inoperância e insatisfação. Alguns recursos têm sido implantados com sucesso. A autocomposição como método de resolução de conflitos é um deles. Já experimentado no procedimento judicial e com bons resultados, agora torna-se obrigatório pela letra do CPC publicado em 2015.

Movimentos de estímulo à conciliação, à mediação e à desjudicialização de procedimentos são benéficos se permitem uma solução que salvaguarda o núcleo essencial da função jurisdicional: pacificação com Justiça. Justamente por isso coaduna-se com o acesso à Justiça a institucionalização dos meios consensuais, pois perpassam por universalização, celeridade e adequação (SILVA, 2013, p.326).

A autora afirma que a pacificação com Justiça, atende a prestação jurisdicional com efetividade, firmando a preponderância de seu escopo social, que podemos expandir para a função social do processo. Baseia suas afirmações no seguinte:

A instrumentalidade do processo. Escopo social. O exame da legitimidade do Estado e do poder conduz naturalmente a observar e medir a capacidade, que aquele tenha e desenvolva mediante o exercício deste, de organizar convenientemente a vida em sociedade, ajudando cada um dos membros desta a realizar suas aspirações individuais, conservando e desenvolvendo bens e valores. Espera-se que, mediante a dinâmica do poder, o Estado chegue efetivamente aos resultados propostos, influenciando favoravelmente a vida do grupo e de cada um dos seus componentes.

Assim a jurisdição, como expressão do poder político. Saindo da extrema abstração consistente em afirmar que ela visa à realização da justiça em cada caso e, mediante a prática reiterada, à implantação do clima social de justiça, chega o momento de com mais precisão indicar os resultados que, mediante o exercício da jurisdição, o Estado se propõe a produzir na vida da sociedade (DINAMARCO, 2009, p.158).

Mendes (2009, p.121) sintetiza a crise da Justiça no fato de que, sendo o Estado o verdadeiro detentor do poder – concretizado no Poder Judiciário – para dirimir conflitos sociais e pacificar, foi atingido pelas inúmeras

transformações mundiais provocadas pela evolução social, e, em especial, pelo modelo democrático social. Este implica em maior valor das liberdades individuais garantidos pelo acesso à justiça, devido processo legal e tutela jurisdicional. No entanto, para atender a este novo modelo, especialmente marcado pela Constituição de 1988, o Estado se vê mediante a necessidade de desenvolver novas técnicas para assegurar maior acesso e mais efetividade na atuação do Poder Judiciário. A crise na Justiça pode ser, neste caso, resumida por um descompasso entre a possibilidade ou acessibilidade do cidadão – individual ou coletivamente – à justiça, e o despreparo técnico e tecnológico do Estado, responsável pela tutela jurídica, absorver, processar e resolver eficientemente a crescente demanda pelo dizer justo.

3 A CONCILIAÇÃO

3.1 FUNDAMENTOS DA CONCILIAÇÃO

Constatamos que a conciliação é método ancestral de resolução de conflitos, tanto quanto a jurisdição por sentença. Falou-se em renascimento do instituto, em busca de novas soluções por ocasião da crise na Justiça, em alteração de paradigmas e em mudança de cultura adversarial para cultura de cooperação.

Até o momento, a quase absoluta maioria das informações obtidas nos conduz no sentido de que a conciliação é, por si, uma ferramenta muito útil, um recurso eficiente, um método aprovado a ser aplicado na resolução de dissensos. Mas é de indagar porque a conciliação, na vigência da República, foi retirada por decreto (1890) antes mesmo da publicação de nova Constituição (1891). Presente na Constituição Imperial de 1824 e hoje revalorizada a ponto de ser reintegrada no Processo Civil como obrigatória. Há evidências de que a conciliação não é imune a resultados indesejáveis. Com objetividade, Didier (2014, p.212) alerta que “A autocomposição não pode ser encarada como panaceia.”

O Decreto nº359/1890 abole a conciliação como formalidade preliminar

ou essencial e dá plena liberdade às partes, que estejam na livre administração de seus bens, ou seus procuradores legalmente autorizados, para resolverem a causa, em qualquer estado ou instância e nos casos admissíveis, mediante escritura pública, através da desistência, confissão ou transação. No texto do referido decreto há explicação das causas que levaram à tal abolição, que abre entendimento para a lógica da providência adotada.

Decreto nº 359, de 26 de Abril de 1890

Revoga as leis que exigem a tentativa da conciliação preliminar ou posterior como formalidade essencial nas causas cíveis e commerciaes [...] considerando:

Que a instituição do juizo obrigatorio de conciliação importa uma tutela do Estado sobre direitos e interesses privados de pessoas que se acham na livre administração de seus bens e na posse da faculdade legal de fazer particularmente qualquer composição nos mesmos casos em que é permittido a conciliação, naquelle juizo, e de tornala effectiva por meio de escriptura publica, ou por termo nos autos e ainda em juizo arbitral de sua escolha;

Que a experiencia ha demonstrado que as tentativas de conciliação no juizo de paz sómente são bem succedidas quando as partes voluntariamente comparecem perante elle nas mesmas disposições, em que podem produzir identico effeito os conselhos de amigo commum, o prudente arbitrio de bom cidadão á escolha dos interessados e ainda as advertencias que o juiz da causa, em seu inicio, é autorizado a fazer na conformidade da ord. liv. 3º, tit. 20, § 1º; Que, entretanto, as despesas resultantes dessa tentativa forçada, as difficuldades e procrastinação que della emergem para a propositura da acção, e mais ainda as nullidades procedentes da falta, defeito ou irregularidade de um acto essencialmente voluntario e amigavel, acarretadas até ao gráo de revista dos processos contenciosos, além da coacção moral em que são postos os cidadãos pela autoridade publica encarregada de induzilos a transigir sobre os seus direitos para evitar que soffram mais com a demora e incerteza da justiça constituida, que tem obrigação legal de dar promptamente a cada um o que é seu [...] (BRASIL, 1890).

Os motivos expostos dão conta de que, o melhor sucesso da conciliação obrigatória é obtido nos casos onde as partes se voluntariam para a conciliação. Aponta a justificativa que, exceto estes casos nos quais as partes desejavam conciliar, havia consequente aumento das despesas, em função de dificuldades, nulidades e procrastinação para propor a ação, no caso da conciliação realizada numa fase anterior ao processo pelo Juiz de Paz. Somando-se a tais argumentos, justifica a desobrigação desta forma de

conciliação pela ocorrência de coação moral aos cidadãos, imposta pela autoridade pública encarregada, induzindo ao acordo. Alegava, ao coagir, que seria melhor transigir sobre seus direitos para evitar a exposição à demora e incerteza da justiça constituída, à qual pertence a obrigação de “dar a cada um o que é seu”. Apoia-se no clamor público, na impugnação de muitos jurisconsultos e no direito comparado, afirmando que, em muitos países, a conciliação nunca teria sido admitida, ou já teria sido abolida. Nas considerações, afirma que o Estado, considerando formalidade essencial e obrigando à conciliação, tutela os interesses privados e faz-se, portanto, responsável por seus resultados.

O contexto fundamentado do Decreto 359/1890 parece refletir uma realidade muito semelhante à atual. Há uma crise de despesas, dificuldades, nulidades e procrastinação processual que não permite o objetivo jurisdicional de pacificação com justiça. A providência legal, entretanto, tem rumo justamente no inverso da que hoje se lança mão: em 1890 a conciliação passa a ser desobrigada nas causas civis e comerciais (hoje apenas civis), já em 2015, passa a ser obrigada. A comparação nos induz a inferir sobre o que atribuiria coerência às decisões de incluir ou excluir o mesmo procedimento como obrigatório na lei, mediante razões tão semelhantes e que levam ao mesmo resultado: insucesso da eficiência jurisdicional. Afinal, seria a conciliação um método que aperfeiçoa ou prejudica o processo?

Para responder à questão formulada, é possível que se deva lançar mão de fundamentos tais como o momento sociocultural de cada evento e a forma de aplicação da conciliação ao processo, não necessariamente julgando o valor da conciliação como recurso isolado de um contexto. Ainda que os fundamentos da conciliação pudessem permanecer iguais e aplicados em épocas diferentes, os cuidados, os limites e a forma de sua aplicação são os fatores determinantes para que seja ou não alcançado seu principal objetivo em qualquer das épocas: o da pacificação social. O agente pacificador precisa estar bem preparado e os procedimentos, limites e objetivos bem definidos para que haja sucesso no intento:

Com a proclamação da República e edição do Dec.359 de 26.04.1890, aboliu-se a obrigatoriedade da prévia conciliação para o acesso ao Judiciário. Além de incompatível com a liberdade do direito de ação, a experiência havia demonstrado a inutilidade de tal medida, sem outros resultados que não o aumento do custo financeiro e temporal das demandas, talvez em vista da falta de preparo dos juízes de paz para tal tarefa (GAJARDONI, 2014, p.31).

Nossa proposta neste texto não é a de desvendar as razões para as diferentes decisões legislativas de 1890 e 2015, ainda que anotando tal situação como no mínimo curiosa. Nos prenderemos aqui a contextualizar a autocomposição, em especial na metodologia da conciliação, na forma como ela é compreendida hoje, e seu emprego pré-processual. Em definição atual de conciliação e da atividade do conciliador, tem-se que:

É uma forma de resolução de controvérsias por um conciliador investido de autoridade ou indicado pelas partes, a quem compete aproximá-las, controlar as negociações, sugerir e formular propostas, apontar vantagens e desvantagens, objetivando sempre a composição do litígio pelas partes. O conciliador, além de administrar o conflito, de forma neutra e imparcial, tem a prerrogativa de sugerir um possível acordo, após uma criteriosa avaliação das vantagens e desvantagens que tal proposição traria para ambas as partes. (MENDES, 2009, p.122).

Aplicada na fase pré-processual, a conciliação tem como função a de propiciar acordos em conflitos sobre direitos disponíveis, desde que ambas as partes não se manifestem contrariamente e de forma expressa. No ambiente judicial as partes não indicam o conciliador, mas este será definido pelo próprio juízo.

No que toca aos fundamentos da conciliação, segundo Grinover (2007, p.21), a conciliação representa simultaneamente instrumento de controle, de garantia e de intervenção popular direta.

O alto grau de litigiosidade da sociedade moderna, aliado à crise da Justiça, contribuiu para o ressurgimento da chamada Justiça conciliativa. O instituto, que consiste na mediação e na conciliação, tem como fundamento social a pacificação social, e como fundamento político a participação popular na administração da Justiça, representando um instrumento de garantia e de controle da sociedade e proporcionando uma

maior eficiência na solução de litígios (GRINOVER, 2007, p.16).

3.1.1 FUNDAMENTO SOCIAL

Sobre o fundamento da participação social – a pacificação – a autora supracitada chama a atenção para o fato de que a sentença judicial é impositiva e uma das partes permanece insatisfeita. Embora solucione a lide jurídica, a lide sociológica fica pendente, sendo um marco para o passado. A conciliação é um marco para o futuro, pois age preventivamente em tensões e rupturas, valorando a coexistência, operando para que também a lide sociológica seja sanada.

Silva (2013, p.326) atribui a esta nova concepção de acesso à justiça, dada pela abordagem conciliatória, a capacidade de incrementar a Justiça colaborativa com a promoção de “meios voltados à construção de consenso”.

Como meio de resolução de conflitos, o único objetivo da conciliação é pacificar as partes com Justiça e, sendo assim, o acordo passa a ser visto como uma consequência possível. Aliás, cada vez mais a efetividade da prestação jurisdicional passa a ser entendida como a pacificação que realmente denota a transformação do conflito, caracterizada pela verdadeira alteração com relação aos interesses, expectativas e necessidades das partes, a partir da legítima construção do consenso (SILVA, 2013, p.328).

É função social do processo atingir a pacificação social. A conciliação soma-se a isto, tornando possível a melhoria da qualidade dos relacionamentos sociais através da construção de uma solução consensual, pela qual é quebrado o paradigma do ganha-perde e atinge-se uma situação de ganho mútuo, ainda que mediante possíveis concessões, levando a uma maior sensação de satisfação e equilíbrio, com consequente sensação de solução justa que, alcançada em nível individual, acaba refletindo no entorno social. Atinge-se assim o patamar do acesso à justiça como um “acesso à ordem jurídica justa” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012, p.44).

A nova concepção de acesso à justiça, como mencionado acima, vem do paradigma de que também as partes podem e devem, debaixo da tutela do

Estado pacificador, participar na construção de uma justiça distributiva. Este é o escopo social da conciliação. A atuação do conciliador no papel de agente do Estado é movida no sentido de ampliar o conhecimento dos interesses comuns às partes, e de provocar novos arranjos de opções e perspectivas de soluções destinadas ao conflito. É dado às partes o poder de decisão sobre formalizar o acordo, que é encaminhado ao Juiz para homologação, tendo força de título judicial. Também são livres para não acordar e permitem que o processo judicial seja distribuído e siga seu curso em direção à jurisdição.

Nesse diapasão, constatada a incapacidade do Estado de monopolizar o processo de modo eficiente, verifica-se uma tendência no sentido de se desenvolver procedimentos alternativos, como a conciliação e a arbitragem, com o escopo de facilitar o acesso à justiça, bem como alcançar a celeridade, informalização e pragmaticidade exigidas pelo cenário mundial atual.

A busca por novos modos de tratamento de conflitos se configura, então como uma das estratégias para a administração dos problemas ocasionados pelas crises, ampliando o acesso à justiça, enquadrando-se no seu movimento universal, em sua terceira onda de reformas (ALVES, 2012, p.324).

A abertura legal à possibilidade de participação ativa dos contendores como colaboradores é o passo que se enquadra em tal movimento universal e na terceira onda de reformas. Grinover (2007, p.50-54) menciona as ondas renovatórias, ou linhas evolutivas, ou ainda fases metodológicas fundamentais do processo. A primeira seria do processo como meio de exercício do direito material, sem autonomia como ramo científico do direito e muito menos autonomia da relação jurídica processual. A segunda fase introduziu a noção de autonomia científica do direito processual “marcada pelas grandes construções científicas do direito processual” Segue-se, então, a terceira onda, que é a instrumentalista, que examina o processo do ponto de vista de seus resultados e trabalha para seu aperfeiçoamento. A instrumentalidade do processo reconhece, então, que “o processo é, nesse quadro, um instrumento a serviço da paz social. ”. Portanto, aí está a compatibilidade e o vínculo estreito dos fundamentos da conciliação com os do processo judicial: prestam-se ao mesmo objetivo pacificador.

Já Didier (2014, p.30-33) acrescenta às fases já conhecidas, do sincretismo, processualismo e instrumentalismo processual descritas acima, uma nova e quarta fase da evolução histórica do direito processual: a do neoprocessualismo, que se coaduna com o pensamento jurídico do neoconstitucionalismo ou, como propõe chamar, de um “positivismo jurídico reconstruído”, ou “neopositivismo”. Esta profusão de nomes é demonstração da dificuldade de encontrar um termo que venha a abarcar o amplo conceito da constitucionalização do direito. De qualquer modo, esta quarta fase seria definida por um “formalismo-valorativo” a qual consiste “exatamente para destacar a importância que se deve dar aos valores constitucionalmente protegidos na pauta de direitos fundamentais na construção e aplicação do formalismo processual”. Ao processo é agregado o aspecto da moralidade, expresso pela exigência da aplicação dos princípios e garantias constitucionais. Evidencia-se que “A constitucionalização do Direito Processual é uma das características do Direito contemporâneo”. À instrumentalidade do processo foram agregados os valores principiológicos, daí o autor afirmar que se inaugura uma nova onda processual.

3.1.2 FUNDAMENTO POLÍTICO

O fundamento político da justiça conciliatória é a participação democrática direta na administração da Justiça.

Trata-se de adentrar, agora, o aspecto da participação popular na administração da Justiça, pela colaboração do corpo social nos procedimentos de mediação e conciliação. A participação popular na administração da Justiça não é senão um capítulo do amplo tema da democracia participativa (GRINOVER, 2007, p.19).

A autora argumenta que, em função da crise que atinge a eficiência do Estado, concentrador do poder de pacificar a sociedade através da resolução de conflitos, surge a opção de distribuir tal poder a determinados participantes da sociedade, pessoas estas que são os ‘poucos que exercem o poder, em nome de todo o contingente social’.

Explana que o princípio participativo popular é um núcleo, desdobrado

em uma variedade de formas identificáveis por seu gradiente de poder, que é distribuído desde o grau de “informação e tomada de consciência, passando pela reivindicação, as consultas, a cogestão, a realização de serviços, até chegar à intervenção nas decisões e ao controle, como caracterizar graus mais ou menos intensos de participação” (GRINOVER, 2007, p.20).

O fundamento político da conciliação sugere que sua implicação é muito mais ampla do que a de simples método para agilizar o processo e conferir desobstrução à ação judicial. A conciliação aplicada aos conflitos sociais é uma forma de exercício do poder democrático, de instrumento para a maturação da consciência de coletividade responsável, de meio para modificação do paradigma cultural adversarial-impositivo da justiça contenciosa, para o paradigma cooperativo-constructivo da justiça conciliatória, no que diz respeito ao conflito e sua resolução.

Participar é fazer parte, estar presente, interferir, intervir. Participação política é descrita por Bobbio, Matteucci e Pasquino (2010, p.888) como uma terminologia da ciência política que designa “uma variada série de atividades”. Define a existência de três formas principais de participação política: a presença, a ativação, ou atividade, e a participação no sentido estrito, que são “situações em que o indivíduo contribui direta ou indiretamente para uma decisão política”.

Existe participação política, na medida em que: “A conciliação, enquanto forma pacífica dos conflitos em que as partes constroem por si o resultado, significa a participação direta da população na esfera do Poder Judiciário, realizando de forma mais plena o princípio democrático” (VOLPI, 2011, p. 155-156). Por outro lado, permanece reforçado o conceito de cidadania, já que esta é a “deposição da titularidade do poder de resolução depositado nas mãos das próprias partes envolvidas na contenda, as quais alcançarão a pacificação social através de concessões recíprocas” (ALVES, 2012, p.325).

O fundamento político da conciliação vincula-se diretamente ao

exercício responsável da cidadania. Sobre a participação de leigos no processo “Representa ela, ao mesmo tempo, instrumento de garantia e instrumento de controle, configurando meio de intervenção popular direta e os canais institucionalizados de conciliação e mediação” (GRINOVER, 2007, p.21). Aplicada à fase pré-processual, é ferramenta politicamente hábil para garantir o acesso à justiça, assim como exercer o controle social de conflitos, propiciando sua resolução.

3.1.3 FUNDAMENTO JURÍDICO

Alguns dos princípios estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 visam assegurar um processo justo. Convencionou-se a usar a expressão ‘devido processo legal’, que inclusive é utilizada no Art.5º, Inciso LIV, que diz que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Fonseca (2013, p.19) alerta para a ambiguidade gerada pela tradução da expressão na língua inglesa ‘*due process of law*’. Didier explica a origem da imprecisão:

A locução “devido processo legal” corresponde à tradução para o português da expressão inglesa “*due process of law*”. Law, porém, significa Direito, e não lei (“*statue law*”). A observação é importante: o processo há de estar em conformidade com o Direito como um todo, e não apenas em consonância com a lei. “Legal”, então, é adjetivo que remete a “Direito”, e não à Lei.

Há outras traduções da expressão inglesa. Os portugueses optaram por *processo equitativo*; os italianos, por *processo giusto*. Na Europa utiliza-se muito também a expressão *fair trial* (DIDIER, 2014, p.45).

O conceito de devido processo legal, então, toma amplitude maior porque não significa que está restrito unicamente à lei, mas abrange o direito como todo, envolvendo em si os princípios. É próprio, portanto, que se faça referência ao devido processo legal como direito ao processo justo. Tal princípio não é singular, tem característica de coletividade, pois abriga outros princípios no seu bojo. Fazem parte dele a garantia ao juiz natural, ao contraditório e ampla defesa, à isonomia, à publicidade, à obrigatoriedade de motivação nas decisões judiciais, à proibição de provas obtidas por meios

ilícitos, à inviolabilidade das comunicações e dados, também das garantias específicas do processo penal, nas palavras de Cintra, Grinover e Dinamarco (2012, p.91). Resumem os autores:

Hoje, mais do que nunca, a justiça penal e a civil são informadas pelos dois grandes princípios constitucionais: o acesso à justiça e o devido processo legal. Destes decorrem todos os demais postulados necessários para assegurar o direito à ordem jurídica justa (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012, p.91).

O fundamento jurídico-legal da conciliação esteia o direito à tutela efetiva do caso concreto, pois o devido processo legal, traduzido pelo acesso à justiça, numa ordem jurídica justa, ultrapassa o direito de ação, associado ao fato de provocar o Estado, e estende-se ao pronunciamento jurisdicional, quando o caso é efetivamente decidido.

Uma vez que conciliação é empregada na fase pré-processual tendo por um dos objetivos o de promover celeridade ao processo e resolver a disputa de forma justa para as partes, ela torna-se instrumento para a promoção do devido processo legal, que é aquele que, nas palavras de Didier (2014, p.45) “confere a todo sujeito de direito, no Brasil, o direito fundamental a um processo devido (justo, equitativo, etc.)”. Este configura-se no fundamento jurídico da conciliação.

3.2 ELEMENTOS DA CONCILIAÇÃO

O conflito é inerente às relações sociais. Ele reflete a dinâmica de ajustamento interpessoal, as várias formas de dominância e as diversas noções de espaço pessoal. Sem sombra de dúvida, podemos afirmar que o conflito é inevitável, porquanto natural ao processo social.

Muitas vezes, as relações se regulam por si mesmas e os conflitos se resolvem internamente a elas, através da autocomposição. Tal termo refere-se a uma forma legítima de agir das partes, que pode se dar de forma unilateral, quando uma das partes cede e cessa o conflito, ou de forma multilateral, quando as partes elaboram solução conjunta contando com a colaboração de

terceiro no papel de facilitador. Mantendo a autonomia decisória, as partes podem escolher negociar diretamente ou contar com a intervenção de terceiro capacitado para auxiliá-las a construir um acordo.

A última é a solução negociada do conflito, que envolve mútuas concessões das partes interessadas, que podem chegar a um acordo por si próprias, por meio da negociação direta, ou receber o auxílio de um terceiro (facilitador), capacitado em técnicas de solução de conflitos (conciliador, mediador ou avaliador neutro). O que é importante ter em mente é que, na autocomposição, as partes mantêm o poder de decisão sobre a composição obtida (LUCHIARI, 2012, p.10).

A conciliação, forma de autocomposição, pode ocorrer dentro ou fora do processo. Caso já tenha havido a propositura da ação, mas ainda não a distribuição do processo, será chamada de *conciliação pré-processual*. Não havendo acordo, o processo segue o caminho da distribuição e a solução do conflito passa a ser tratada de modo impositivo pelo julgador, tornando-se heterocomposição.

No texto desenvolvido por Cintra, Grinover e Dinamarco (2012, p.27-45) sobre sociedade e tutela jurídica, podemos encontrar uma aula de como se desenvolveu historicamente a intervenção do Estado nas questões particulares. Conflitos primitivos sendo resolvidos por autotutela, na qual ocorre a imposição forçada de uma parte sobre a outra, e também a existência da autocomposição. Ambas caracterizadas pela parcialidade, ou seja, a solução aos conflitos pelas partes, dada por imposição, desistência, submissão ou concessões recíprocas. Relacionam também os autores, as soluções imparciais obtidas pela interferência de árbitros, facultativa ou obrigatoriamente, e de juízes, como agentes do Estado, exercendo a jurisdição através do processo. Ressaltam que não houve, no desenvolvimento histórico, uma linearidade límpida e nítida, sucedendo-se, ao invés disto, marchas e contramarchas, como é próprio no evoluir histórico dos fatos. De forma didática, resumem que:

[...] antes de o Estado conquistar para si o poder de declarar qual o direito no caso concreto e promover a sua realização prática (jurisdição), houve três fases distintas: a) autotutela; b)

arbitragem facultativa; c) arbitragem obrigatória. A autocomposição, forma de solução parcial dos conflitos, é tão antiga quanto a autotutela. O processo surgiu com a arbitragem obrigatória. A jurisdição estatal, só depois (no sentido em que a entendemos hoje), (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012, p.31).

A partir da reformulação legal, quando o CPC estabelece a obrigatoriedade da conciliação pré-processual, torna o processo judicial de solução de conflitos mais completo. Isto ocorre, pois permite que as partes exerçam livremente a capacidade de encontrar um caminho para pacificação judicial e social, apoiados pelo Estado através do conciliador, previamente ao curso da tutela jurisdicional heterocompositiva concretizada pela decisão judicialmente imposta. Só haverá heterocomposição, caso não alcancem um acordo auto compositivo viável.

O novo Código prestigia não só a conciliação pré-processual, mas também a mediação pré-processual, cada uma com suas particularidades, e ambas voltadas à autonomia decisória das partes, com consequente melhor disposição no cumprimento do acordado.

Por fim, confirma-se, em doutrina e na *praxis*: alcançada a composição, por conciliação e especialmente pela mediação, cada um fez a sua parte para se chegar ao resultado, e por terem exercido seu poder de decisão, consolida-se a responsabilidade dos protagonistas com a solução dada ao conflito. Todo este envolvimento no processo de superação das divergências promove o comprometimento das partes na eficácia do acordo, gerando, assim, naturalmente, o cumprimento espontâneo das obrigações assumidas. Daí porque se diz que uma solução consensual geralmente é respeitada e atendida voluntariamente; já uma solução adjudicada pela sua imposição contrária à vontade de uma das partes provoca inúmeros recursos e, ainda, quando estes não mais forem possíveis, leva ao descumprimento do decidido, a exigir execução com seus incidentes, tendo como consequência a ‘eternização’ do litígio (CAHALI, 2013, p.47).

Ambos os métodos (ou meios sistematizados) da conciliação e mediação contribuem para a desconstrução da atitude adversarial, perspectiva pela qual só há possibilidade de ganhos para uma parte. Contribuem também para o estímulo a uma postura de responsabilidade autônoma sobre a administração do conflito e de proatividade na construção de solução, estando

o mais próximo possível de ser do ponto de vista das partes, justa, adequada, equitativa.

Cada método, com suas peculiaridades e indicações, representa intervenção hábil para predispor à resolução eficiente do conflito judicial e alcance reflexivo na sua esfera sociológica. Cahali (2013, p.59) chama atenção para o fato de que os envolvidos com o tratamento do conflito são formadores de opinião e “interferem positivamente na mudança de conduta das pessoas”. A mudança de conduta em função de ações diferenciadas que, na coletividade, geram novas experiências e percepções, dispondo para outras formas de agir, é mudança de cultura definida pela transformação da “cultura do litígio” em uma cultura de cooperação pacificadora. A replicação deste traslado de posturas e atitudes, ao longo do tempo e por difusão na sociedade, gera expectativas de desencadear efeitos positivos e construtivos na coletividade.

Necessário aqui diferenciar características e as indicações de aplicação da mediação e da conciliação, uma vez que: “Há distinção entre conciliação e mediação principalmente de acordo com a origem do conflito (objetivo ou subjetivo), a postura do facilitador e as técnicas utilizadas” (CAHALI, 2013, p.46).

3.2.1 *MEDIAÇÃO*

Faz-se necessário estabelecer parâmetros para a compreensão do conceito de mediação e o contexto no qual ocorre.

A mediação é um dos instrumentos de pacificação de natureza autocompositiva e voluntária [...] no qual um terceiro, imparcial, atua, de forma ativa ou passiva, como facilitador do processo de retomada de diálogo entre as partes, antes ou depois de instaurado o conflito (CAHALI, 2013, p.69).

Levando em conta que mediar é intervir na controvérsia com a intenção de auxiliar o alcance de solução negociada, então, esta ação faz parte do dia a dia das pessoas comuns, acontecendo de forma espontânea, intuitiva. Na realidade, esta experiência é base social para o que se aplica no processo

judicial. No entanto, no âmbito judicial, o mediador é pessoa capacitada dentro de parâmetros estabelecidos por várias áreas de conhecimento, e a mediação é realizada de modo técnico, não da forma corriqueiramente intuitiva. “E, por esse motivo, a mediação representa uma fusão das teorias e das práticas das disciplinas da psicologia, da assessoria, do direito e de outros serviços do campo das relações humanas, sendo interdisciplinar”, afirma Luchiari (2012, p.14). Azevedo (2013, p.233) ressalta que tais teorias estão muito mais próximas ao método do que as técnicas de interpretação e aplicação do direito.

A mediação é tida como um método em virtude de estar baseada num complexo interdisciplinar de conhecimentos científicos extraídos especialmente da comunicação, da psicologia, da sociologia, da antropologia, do direito e da teoria dos sistemas. E é, também, uma arte, em face das habilidades e sensibilidade próprias do mediador (VASCONCELOS, 2008, p.36).

O desenvolvimento das habilidades do mediador capacitado passa principalmente pelas técnicas de comunicação. A negociação é, essencialmente, um ato ou uma sequência de atos de comunicação. A negociação consiste em uma comunicação voltada à persuasão, de acordo com o Azevedo (2013, p.35). A negociação intermediada, presente na mediação, não é diferente. Nela, diz Cahali (2013, p.43), “A participação dos interessados no resultado é direta, com poderes para a tomada de decisões, após passar pela conscientização do conflito e das opções para pacificação. E complementa:

Pela negociação, as partes tentam resolver suas divergências diretamente. Negociam com troca de vantagens, diminuição de perdas, aproveitam oportunidades e situações de conforto (nota da autora: confronto?), exercitam a dialética, mas, em última análise, querem uma composição, e para tanto, o resultado deve propiciar ganhos recíprocos, em condições mutuamente aceitáveis e equitativas, caso contrário, será rejeitado por uma das partes.
[...]

Diversamente da negociação, os meios de conciliação e mediação pressupõem a intervenção de um terceiro, imparcial, para facilitar a composição entre os interessados. O terceiro aqui comparece para ajudar as partes a encontrar a melhor solução ao conflito (CAHALI, 2013, p.43).

A mediação é um meio sistematizado, cuja natureza é a de facilitar a

comunicação entre as partes conflitantes. É procedimento confidencial e voluntário, de obrigatoriedade presente no novo Código para que se ofereça sistematicamente a oportunidade e os meios. As partes não são obrigadas nem ao acordo, nem a se submeterem à sessão de autocomposição, pois, conforme previsão do novo Código Civil, Art.334, §4º, I, caso ambas declarem expressamente que não querem, não haverá a audiência autocompositiva. Nisto, é respeitada também a autonomia das partes a decidirem sobre eventual construção de acordo.

Para que o método da mediação seja aplicado pré-processualmente, embora prevaleçam os princípios da oralidade e informalidade, há uma sistematização de procedimentos por parte do mediador (daí a necessidade de que seja capacitado) que deve ser seguida, com vistas a facilitar a predisposição comunicativa em prol de um acordo.

A sessão de mediação pré-processual, contrariamente ao processo contencioso judicial, é revestida de confidencialidade e não se fazem dela registros ou gravações. São oferecidas às partes, e podem ser usadas pelos mediadores, folhas para simples anotações, que devem ser destruídas ao final. Podem participar da sessão comediadores (trabalhando em parceria com os mediadores na mesa de negociação assistida) e observadores (presentes nas sessões sem interferir nelas, com a finalidade de analisar as ações dos mediadores e o processo interacional), todos com papéis definidos por antecipação e comprometidos com a não publicidade das informações tratadas na sessão.

Após devidamente instaladas na sala de mediação, o mediador se apresenta às partes, confirma seus nomes e como gostariam de ser chamadas por ele, esclarece o propósito da mediação, o papel do mediador, as restrições ou não para testemunhar sobre fatos ocorridos na sessão, delimita as regras básicas para a sessão, comunica a possibilidade de realizar reuniões individuais, mantida a confidencialidade sobre o que for tratado nelas, orienta sobre a sequência do procedimento nas hipóteses de acordo ou não acordo, confere com as partes se todas as informações prestadas estão claras e se há

alguma pergunta. Este é o momento inicial, chamado de ‘declaração de abertura’.

Uma das funções do mediador é a de abrir e conduzir a sessão de mediação, sob a orientação do Juiz de Direito, promovendo o entendimento entre as partes. A sessão de mediação é um ato processual, embora o seu conteúdo não tenha regras pré-determinadas.

[...] sua função é a de restabelecer a comunicação entre as partes, conduzindo as negociações [...]. O mediador deve garantir às partes que a discussão proporcione um acordo fiel ao direito da comunidade em que vivem, moral e justo (AZEVEDO, 2013, p.234).

Em seguida, passa a palavra às partes, uma de cada vez, assegurando que, no decurso da fala, não sejam interrompidas pela outra, possam concluir seu raciocínio e tenham assegurado o respeito ao seu momento de falar. Compõe sua função controlar construtivamente a comunicação entre as partes e torná-la eficiente. Em havendo interrupção, o mediador deve estar atento a utilizar das técnicas pertinentes para retirar a palavra do interventor, ao mesmo tempo que lhe oferece suporte de reconhecimento e validação, e devolvê-la ao falante.

[...] estimular cada um dos mediandos a narrar a sua respectiva percepção do conflito, utilizando a linguagem eu, ‘eu entendo...’ ou ‘segundo me consta...’ ou ‘na minha percepção...’ etc., evitando, desse modo, comportamentos invasivos, pré-julgamentos. A repetição das narrativas e desabafos, inclusive sobre fatos anteriores relacionados ao conflito, ajuda os mediandos na estruturação dos seus próprios argumentos. Isto vai naturalmente acontecendo na medida em que eles vão tomando consciência dos seus interesses comuns (VASCONCELOS, 2008, p.38).

É recomendável e facilita o desenrolar da mediação o realizar entrevistas prévias à sessão conjunta, para que o mediador tome conhecimento dos relatos individuais com melhor detalhe, e que as partes fiquem mais à vontade para expor suas percepções individuais. Também forma um elo de confiabilidade entre mediador e partes que é muito importante no decorrer do processo. “Há vários modelos de mediação, mas, de regra, recomenda-se a realização de encontros preparatórios ou entrevistas de pré-mediação” (VASCONCELOS, 2008, p.36).

Ao final da exposição de todas as partes, o mediador oferece a elas uma síntese do que foi falado, deixando claro ser esta sua compreensão do que foi trazido, e solicitando a retificação, caso tenha compreendido equivocadamente o que foi exposto. Neste momento de síntese, o mediador realiza a unificação dos relatos individuais acerca dos fatos que envolvem o dissenso, e é neste resumo que ocorre o primeiro movimento de consolidação do compartilhamento do problema, para o qual se buscará construir a solução que atenda às partes de forma comum, que alcance satisfatoriamente todas elas.

Esse resumo de texto único, por colocar duas perspectivas em uma única descrição – mostra-se de suma importância, uma vez que dá um norte ao processo de mediação e, sobretudo, centraliza a discussão nos principais aspectos presentes. Para o mediador, trata-se de uma efetiva organização do processo, pois se estabelece uma versão imparcial, neutra e prospectiva (*i.e.* voltada a soluções) dos fatos, identificando quais são as questões a serem debatidas na mediação e quais são os reais interesses e necessidades que as partes possuem. Para as partes, trata-se de um mecanismo que auxiliará a compreensão das questões envolvidas sem que haja um tom judicatório ao debate (AZEVEDO, 2013, p.133).

O resumo deve ser devolvido aos mediandos com o uso de expressões neutras, positivando as expressões negativas usadas nos relatos individuais, reenquadrando as falas de forma objetiva. O mediador identifica para os ouvintes sua percepção de quais são os interesses individuais e comuns, e valida os sentimentos comuns identificados nas narrativas parciais. Após as partes confirmarem tal entendimento e fazerem possíveis retificações, o mediador pontua as questões ou a questão trazida para a mesa de negociação mediada, e clarifica os interesses e necessidades individuais e comuns.

Feito isto, abre às partes para que possam enumerar opções de solução, num primeiro momento, sem necessariamente serem implantadas. O objetivo é provocar a criatividade e gerar uma ampliação na percepção acerca das alternativas. “Quanto maiores as sugestões e possibilidades, maiores as chances de as partes alcançarem ganhos mútuos. Nesse momento, o assessoramento legal pode ser importante” (SILVA, 2013, p.275). O assessoramento legal não pode ser feito pelo mediador, mas pelo Advogado que venha a estar acompanhando a parte ou a quem ela possa recorrer para

auxiliar no entendimento das possibilidades legais.

Especificamente sobre a invenção de soluções construtivas e integrativas é no momento criativo da sessão de conciliação que propostas devem ser feitas sem compromisso com qualquer fechamento, na tentativa de ampliar as opções existentes e abrir a resolução do conflito para outros enfoques. Só em momento posterior é que as partes devem se concentrar em valorar as opções sugeridas, já em um momento mais crítico da sessão. Mesmo nesse segundo momento, voltado à construção e à escolha de opções mais concretas e plausíveis, a criatividade será almejada e deve continuar orientando a sessão (SILVA, 2013, p.274).

Cabe ao mediador elaborar perguntas às partes com o fito de esclarecer pontualmente, de ampliar a percepção de possibilidades e de trazer um espelhamento, ou caráter reflexivo, àquilo que a própria parte declarou. "As perguntas pegam carona nas afirmações dos mediandos" (VASCONCELOS, 2008, p.38).

Postas à mesa opções em número adequado (a ser avaliado pelo mediador), devem então ser avaliadas pelas partes, inclusive com a projeção de como ficaria no futuro cada um caso a opção fosse implementada de fato. O mediador deve realizar "teste de realidade" para verificar se as partes compreendem o resultado que será alcançado caso adotada a alternativa de escolha, pois isto ajuda a evitar escolhas sobre parâmetros equivocados, e leva a um maior comprometimento na implementação da solução acordada.

Uma vez feita a opção consensual pelo acordo com base em alguma ou algumas das alternativas criadas, o mediador passa à elaboração do acordo. "Elaborado o acordo, parte-se a seguir, para a fase de sua formalização, em que um documento escrito irá pormenorizar o acordo verbal surgido na fase de sua elaboração" (AZEVEDO, 2013, p.151). Uma vez redigido o acordo, ele é lido para as partes e se procedem às assinaturas. Em seguida, já investido de validade, ele segue para homologação judicial. A ele é atribuído, portanto, o valor de título executivo e implicará na força que a lei a ele atribui. "Vale esclarecer que a redação do termo, além de objetiva, precisa contemplar todos os compromissos assumidos naquele momento, evitando divergências na

interpretação de suas cláusulas“ (SILVA, 2013, p.276). Em caso de não acordo, finaliza-se a sessão e o processo segue seu curso judicial, sendo distribuído na sequência.

A seguir discorre-se sobre a conciliação e suas peculiaridades. Serão abordados seus princípios, regras, técnicas e modelos de abordagem. Também se faz a diferenciação entre os conceitos de mediação e conciliação.

3.2.2 CONCILIAÇÃO

Também a conciliação é um método autocompositivo de solução cooperativa de controvérsia, e que conta com suporte de terceiro imparcial. Sua definição aproxima-se intimamente daquela de mediação, o que causa, muitas vezes, o uso de um termo pelo outro e de confusão sobre suas características. A principal diferença está no que é focado em função do tipo de conflito tratado. Cahali (2013, p.43-45) deixa nítida a diferença de abordagem da conciliação e da mediação: “Embora com passagem obrigatória pela análise do conflito, o foco principal na conciliação é a solução do problema. A meta é alcançar um acordo razoável às partes” (p.43) e, ainda, “O foco na mediação é o conflito, e não a solução. Na conciliação, percebe-se o contrário: o foco é a solução, e não o conflito” (p.45). A falta de uma definição clara sobre cada um dos métodos traz muita imprecisão em várias abordagens teóricas e falta de clareza na compreensão.

Sobre a conceituação, vale ressaltar que não há no sistema brasileiro uma precisa distinção entre a conciliação e a mediação, apesar da diferenciação feita pela Resolução nº125 do CNJ. Contudo, parece mais problemática a falta de previsão sobre as diferentes orientações da mediação, porque estimula interpretações equivocadas, afetando a conciliação (SILVA, 2013, p.328).

Ambos são meios sistematizados autocompositivos, voltados para resolução de dissensos, com finalidade de obter pacificação social. No curso judicial, tratam das demandas de modo sistematizado, mas com maior informalidade “de forma a quebrar a barreira que a burocracia e os papéis criam entre os protagonistas do processo” Volpi (2012, p.162). Em que pese a

natureza comum, abordam a problemática focando alvos diversos: solucionar a questão de modo focal e solucionar o conflito que envolve a questão.

Tem-se, portanto, que a conciliação é um dos métodos do instituto da autocomposição. O outro é a mediação. Entretanto, não é incomum tomar um pelo outro, isto por causa da proximidade de fundamentos entre ambos. A opção por mediar ou conciliar é feita com base nas características de cada conflito. Nas situações em que existem entre as partes “relações continuadas ou com desdobramento emocional relevante” Silva (2013, p.329), indica-se a mediação, pois ela lida com o conflito subjetivo, considerando que a solução deverá dar condições a restabelecer-se a convivência equilibrada e harmônica, porquanto duradoura. O tempo e o número de sessões dedicados é maior, porque lida com a inter-relação e a busca da reconexão do diálogo, segundo Cahali (2013, p.45).

Em outras palavras, a mediação é um processo cooperativo, que leva em conta as emoções, as dificuldades de comunicação e a necessidade de equilíbrio e respeito dos conflitantes e que pode resultar num acordo viável, fruto do comprometimento dos envolvidos com a solução encontrada.
[...]

Em princípio, todos os conflitos interpessoais podem ser trabalhados na mediação e, se esta não culminar num acordo, pelo menos os participantes terão esclarecido o conflito e aprendido a dialogar entre si de forma respeitosa e produtiva, pois o verdadeiro objetivo do mediador não é obter um acordo, mas sim restabelecer o diálogo entre as partes, permitindo que melhorem o relacionamento, para que, por si sós, cheguem às soluções de seus problemas (LUCHIARI, 2012, p.14).

A mediação trabalha o empoderamento das partes através da “conscientização de seus atos, ações, condutas e de soluções, induzindo-as também, ao reconhecimento da posição do outro, para que seja ele respeitado em suas posições e proposições” (CAHALI, 2014, p.45). Exige maior preparo do mediador, pois lida com a subjetividade, demanda maior tempo para a investigação e a elaboração subjetiva das partes, e conseqüentemente, quando bem-sucedida, têm repercussão positiva no alcance social do conflito, formando um núcleo reprodutor da experiência de pacificação social.

Por sua vez, a conciliação lida objetivamente com o conflito. É indicada para relações eventuais, como as consumeristas, e requer tempo menor para elaboração do acordo, que é o foco.

A conciliação, então, é útil para a solução rápida e objetiva de problemas superficiais (verdade formal ou posição), que não envolvem relacionamentos entre as partes, não tendo, portanto, a solução encontrada, repercussão no futuro das vidas dos envolvidos. E, assim, diferencia-se da mediação, na medida em que apresenta procedimento mais simplificado, não tendo o conciliador que investigar os verdadeiros interesses e necessidades das partes, subjacentes ao conflito aparente (LUCHIARI, 2012, p.15).

Na escola francesa, conciliação busca atuar sobre o resultado, enquanto mediação busca atuar frente ao processo do conflito, como afirma Chiaroni (2012, p.258)¹. O mesmo autor, referindo-se ao uso linguístico na Itália, conciliação diz respeito a um objeto patrimonial, enquanto mediação está vinculada ao direito de perfil público, como familiar e penal (p.259)²

Parece claro que mediação e conciliação dizem respeito a procedimentos diversos no objeto específico a que perseguem alcançar para a obtenção da paz social. “Há distinção entre conciliação e mediação principalmente de acordo com a origem do conflito (objetivo ou subjetivo), a postura do facilitador e as técnicas utilizadas” (CAHALI, 2014, p.46). Tais métodos de autocomposição distinguem-se procedimentalmente, e são tão semelhantes que a conciliação pode ser entendida como uma espécie de mediação.

O que caracteriza a conciliação? A conciliação é um modelo de mediação focada no acordo. É apropriada para lidar com

¹ “Se guardiamo alle scelte linguistiche del legislatore francese, come si fronteggiano nei titoli VI e VI bis del primo libro del Code de Procédure Civile constatiamo che parlando di conciliation il legislatore guarda al risultato, mentre, parlando di méditation guarda esclusivamente alla procedura.”

² “Gli usi linguistici in Italia sono meno limpidi: si parla di conciliazione tutte volte che nel tentativo di soluzione concordata è implicato un giudice, sai che riguardi rapporti patrimoniali, sai che riguardi rapporti di stato, come nei giudizi di separazione e divorzio; sempre di conciliazione si parla quando essendo il tentativo demandato as um terzo, questo há per oggetto rapporti patrimoniali; si parla, invece, di mediazione quando di fronte al terzo sono in gioco rapporti caratterizzati da profili pubblicistici: mediazione familiare e mediazione penale.”

relações eventuais de consumo e outras relações causais em que não prevalece o interesse comum de manter um relacionamento, mas prevalece o objetivo comum de equacionar interesses materiais. Muito utilizada, tradicionalmente, junto ao Poder Judiciário, embora quase sempre de modo apenas intuitivo. Como procedimento, a conciliação é mais rápida do que uma mediação transformativa, porém muito menos eficaz. (...)

Portanto, conciliação é mediação. Com efeito, não é o nome que se dá a um instituto o que caracteriza a sua natureza, mas é a sua natureza aquilo que o caracteriza. A natureza da conciliação é a mediação dos conflitos. (...)

Ainda a propósito do nome conciliação, trata-se de uma opção vocabular que designa a natureza do procedimento pelo nome do resultado pretendido. Em verdade, toda mediação tem, mediata ou imediatamente, o sentido de criar condições para o entendimento entre as partes, com vistas a uma conciliação (VASCONCELOS, 2008, p.38, 78 e 79).

Podemos, com base nos achados, definir a conciliação como uma espécie do gênero mediação, uma vez que a finalidade da mediação é a de proporcionar a conciliação entre as partes e que, de acordo com o objeto do conflito e a espécie de direito questionado, serão usadas técnicas adequadas para lidar com a resolução do conflito pontualmente na questão ou sistematicamente na relação.

CONCLUSÃO

A renovação do processo judicial traz em cena a obrigatoriedade dos meios autocompositivos como pré-requisito à distribuição, para a obtenção da tutela. Duas grandes justificativas alicerçam esta escolha: a necessidade de efetiva celeridade jurisdicional e a inserção de uma maior autonomia responsável, como paradigma para solução de conflitos na sociedade.

Depreende-se de seu conceito e natureza que a conciliação, além da solução mais rápida do litígio e da maior possibilidade de cumprimento ao acordo (já que as próprias partes deliberaram sobre isso), traz outros benefícios como a liberação dos órgãos do Judiciário para a atuação mais célere nas demais causas (VOLPI, 2012, p. 141).

Já existe experiência neste sentido, pois, Núcleos instituídos no corpo do Poder Judiciário empenham-se em realizar a tarefa da conciliação pré-processual, com resultados muito positivos, haja vista os relatórios relativos aos grupos de processos submetidos à negociação intermediada.

Internamente à autocomposição, postula-se uma perspectiva de ganha-ganha, no que diz respeito ao resultado para as partes, considerando que elas não estarão conduzidas para uma atitude competitiva, mas sobretudo cooperativa. Também condizente ao binômio Estado-partes, há uma relação entre ganhadores, pois, na medida em que às partes é contemplada a possibilidade de resultado satisfatório, carregado pelo sentimento de justiça alcançada e menor sacrifício para obtê-la, ao Estado é contemplada a diminuição da sobrecarga processual, por razão de resolução efetiva do conflito, e consequente disponibilização de canais para andamento do fluxo existente. Efetividade neste raciocínio coincide com a definição de SILVA (2013, p.326), que é a da “pacificação de conflitos com Justiça, estabelecendo a preponderância de seu escopo social”.

A conciliação tem sido apontada como uma forma de, ao mesmo tempo, obter uma solução mais rápida do litígio, construída pelas partes ao invés de “outorgada” pelo Estado, e promover um desafogamento do Judiciário. Daí a recente campanha do Conselho Nacional de Justiça: “Conciliar é legal”, cujo objetivo é incentivar a realização de acordos nos

processos em trâmite em qualquer grau de jurisdição. A iniciativa é fundamental e deve ser acompanhada de outras medidas que visem a inculcar nos operadores do direito e nos jurisdicionados o espírito conciliatório. Contudo, a tarefa de conciliar é muito maior e mais profunda do que simplesmente “desafogar o Judiciário”. Com efeito, esse é, na verdade, um benefício indireto se comparado com a pacificação social obtida por meio da participação das partes na administração da justiça. Nesse cenário surgiu, também, o projeto de lei que busca regular a chamada ‘mediação’ (VOLPI, 2012, p.140).

Verifica-se que a mediação e a conciliação possuem mesma natureza, técnicas comuns e finalidade igual. Diferem no objeto, foco de seus esforços para promoverem a pacificação, que são o conflito e o relacionamento entre as partes. Para atuar como conciliador ou mediador, o representante do Estado no Judiciário necessita ser preparado, ainda que não se exija dele formação superior específica. Seu treinamento o capacitará a identificar os elementos essenciais presentes na situação de autocomposição, e desenvolver suas habilidades comunicativas, com vistas a torná-lo competente para a aplicação de técnicas adequadas à resolução assistida do conflito. O conciliador/mediador é agente que exerce a função pública, de forma neutra e imparcial, auxiliando resoluções de conflitos, submetido a regras e necessitando de prévia formação para sua atuação.

Na conciliação aplicada, não basta apenas a negociação com base em princípios, técnica que cobre somente uma gama de conflitos e não contempla a infinidade de variações vistas no Judiciário. É justamente por isso que a formação do conciliador precisa contemplar matérias que enalteçam uma visão interdisciplinar, diferenças entre a comunicação de primeira e segunda ordem e as respectivas relações com a necessidade de contenção ou transformação do conflito, compreensão de sistemas e sua respectiva complexidade, teoria dos jogos e estratégias comportamentais. É indispensável que o profissional esteja capacitado para identificar as causas do conflito e adotar as técnicas mais aptas à sua adequada superação (SILVA, 2013, p.345).

A boa formação do conciliador, portanto, também é variável que interfere na condução da sessão de conciliação. Isto nos leva de volta à situação que se convencionou chamar de “crise do judiciário”, mediante a qual o sistema não consegue lidar eficientemente com a demanda crescente, trazendo frustrações múltiplas porquanto: “[...] o número de processos em

andamento não reflete o atendimento da população, que passou a perceber e a demonstrar insatisfação com sua ineficiência”, concluindo: “o que evidencia que há uma crise no setor [...] sem precedentes em toda sua história ” (BALDAN, 2008, p.265).

Fica uma indagação a respeito da medida que torna obrigatória a autocomposição pré-processual: haverá conciliadores/mediadores preparados e em número suficiente para atender a demanda? Lembrando que, embora haja previsão para o exercício remunerado de mediadores e conciliadores, não é regulamentado e, na prática, é um ofício realizado por voluntários. Certamente haverá que se estabelecer uma estratégia para suprir a necessidade de pessoas capacitadas que atuem. A indagação, no entanto, só será respondida na medida em que a nova dinâmica do Código de 2015 (CPC) produza seus resultados, deles se depreendendo haver ou não equilíbrio entre o que exigido e aquilo que é possível oferecer e realizar.

Da presente pesquisa, pode-se concluir que, a despeito de não haver novidade no emprego de conciliação enquanto método de solução de conflitos relacionais, seu emprego obrigatório e preliminar nos processos judiciais é inovação paradigmática na legislação corrente. Em que pese já ter sido adotado na Constituição do Império, revogado com a Constituição Republicana em razão de sua disfuncionalidade, volta à cena processual renovado, com fundamentos mais elaborados e inserido num momento cultural muito diverso do anterior. A prévia experiência de seu emprego pelos Tribunais ao longo dos últimos anos tem mostrado resultados encorajadores no sentido de eficácia jurisdicional, a considerar pelo percentual de acordos realizados, tanto quando da satisfação dos usuários indicada nas pesquisas.

Ao concluirmos este texto, guardamos expectativa de que tenhamos conseguido contribuir com o processo de organização do conhecimento jurídico, na direção de seu acréscimo e aperfeiçoamento. Formou-se aqui a perspectiva de que a adoção da conciliação pré-processual é estratégia acertada para alcançar impacto positivo no volume de processos distribuídos, que pode, sim, alcançar o conflito social e o judicial para solucioná-lo ou

amenizá-lo, e, não obstante não prescinda de empenho no ensino e divulgação, tem o potencial para alavancar a formação de cultura diferenciada no sentido da autonomia responsável e proativa para a resolução de problemas juridicamente relevantes.

REFERÊNCIAS

ALVES, Catarina Bezerra. Criação das centrais de conciliação, mediação e arbitragem de Pernambuco. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 37, v. 211, p. 317-346, set. 2012.

AZEVEDO, André Gomma (Org.). *Manual de mediação judicial*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas (PNUD), 2013.

BALDAN, Guilherme Ribeiro. A conciliação como forma de redução do tempo de duração do processo. *Revista da Escola de Magistratura do Estado de Rondônia*, Rondônia, n. 18, p. 258-299, jul. / dez. 2008.

BRASIL. Constituição Imperial de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.

BRASIL. Decreto nº359 de 23 de abril de 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/L0359.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.

BRASIL. Decreto-lei 1608 de 18 de setembro de 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.

BRASIL. Decreto-lei nº5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.

BRASIL. Lei nº 968 de 10 de dezembro de 1949. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=107033>>. Acesso em: 10 maio 2015.

BRASIL. Lei nº 5869 de 12 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.

BRASIL. Lei nº 9099 de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.

BRASIL. Lei nº13.105 de 13 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: UnB, 2010.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. São Paulo: RT, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Conciliação e mediação no processo civil brasileiro: estado da questão. *Revista dialética do direito processual*, São Paulo, n. 22, p. 9-37, jan. 2005.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2012.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodium, 2014. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1993.

FONSECA, Reynaldo Soares da Fonseca; FONSECA, Rafael Campos Soares da Fonseca. O princípio do devido processo legal e a conciliação. *Revista do TRF1*, Brasília, v. 26, n. 3-4, p. 17-22, mar. / abr. 2013.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Pontos e contrapontos sobre o projeto do novo CPC.

Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 103, v. 950, p. 17-37, dez. 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. *Revista de Arbitragem e*

Conciliação, São Paulo, ano 4, n. 14, p.17-21, jul. / set. 2007.

HIGA, Flávio da Costa. Pre-action: a cultura de cooperação pré-processual na busca de soluções consensuais justas. *Justiça do Trabalho*, v. 29, n. 342, p. 60-83, jun. 2012.

HELDER Júnior; DEUS, Ana Paula de. A cultura da conciliação. *Getúlio*, São Paulo, v. 3, n. 15, p. 53-55, mai. / jun. 2009.

LUCHIARI, Valeria Frioli Lagrasta. *Mediação judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MENDES, Anderson de Moraes. A hora e a vez da conciliação. *Revista CEJ*, Brasília, ano 12, n. 46, p. 120-123, jul. / set. 2009.

MORO, Sérgio Fernando; BOCHENEK, Antônio Cesar. O problema é o processo, 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-problema-e-o-processo>>. Acesso em: 29 mar. 15.

NORONHA, João Otávio de. O custo do processo: avaliação e análise. *Revista CEJ*, Brasília, n. 3, p. 116-119, jan. / abr. 2001.

SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen (Orgs.). *Novos paradigmas em mediação*.

Porto Alegre: Artmed, 1999.

SILVA, Antônio Hélio. Juizados de conciliação. *Justilex*, Brasília, ano 2, n. 19, p. 22-23, jul. 2013.

SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SOUZA, Rosemeire Conceição dos Santos Pereira de. Morosidade do Poder Judiciário.

Revista da Escola de Magistratura do Estado de Rondônia, n. 18, p. 125-170, jul. / dez. 2008.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008.

VOLPI, Elon Kaleb Ribas. Conciliação na Justiça Federal. A indisponibilidade do interesse público e a questão da isonomia. *Revista PGFN*, ano 1, n. 2, 2011-2012.

